

독일 형법상 강제혼인죄(Zwangsheirat)

I. 도입

2011년 7월 1일부터 독일 형법전에는 제237조에 “강제혼인죄(Zwangsheirat)”라는 범죄가 신설되었다. 이 글에서는 기존에 강요죄로 처벌되던 강제혼인에 대해 별도의 신규 법조문을 제정한 취지와 해당 법조문의 내용을 중점적으로 살펴본다.

II. 강제혼인의 의미 및 발생형태

1. 정의

강제혼인이란 미래의 결혼당사자에게 결혼을 압박하고 강요하며 당사자의 거부 의사를 들 어주지 않거나, 당사자가 거부 의사를 표명할 경 우 부모, 가족 또는 미래의 배우자 및 그의 가족

이 다양한 수단을 통해 압박할 것이기 때문에 이를 감히 거부할 수 없는 상황을 의미한다.¹⁾ 자녀, 그 중 주로 딸에게 배우자를 구해 주고, 결혼 당사자의 의사와 관계없이 결혼을 약속하고 진행시키는 것은 가부장적 대가족집단에서 여전히 눈에 띄는 현상이다. 특히 이슬람 문화권에서 자주 일어나며, 그 외에도 이탈리아 남부 지역이나 그리스처럼 이슬람 문화권이 아닌 다른 종교적·문화적 토대를 가진 집단에서도 나타난다.²⁾ 독일에서는 주로 터키 출신의 여성과 청소년들이 이 범죄의 피해자에 해당한다. 독일 내 이민자 중 터키 국적자가 가장 많기 때문이다.

2. 이유와 발생형태

강제혼인을 시키는 이유는 다양하다. 딸의 미래가 평탄하길 바라는 가부장적 소망, 딸이 오랜 전통을 거부하거나 서구 유럽의 생활방식을



1) BT-Drs 17/1213, 7; Schubert, ZRP 2006, 34; Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 205 f.; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 1.1.

2) BT-Drs. 17/1213, 7; Schubert, ZRP 2006, 34.

받아들일 때 이를 막기 위해 훈육하려는 이유 및 전통적인 가부장적 권력관계를 강화하거나 가족의 영향력을 보장하기 위해, 즉 가부장적 전통에 입각하여 딸에게(또는 부분적으로 아들에게도) 자기결정권을 인정하지 않으려는 태도에서 비롯되기도 한다. 그 외에도 가족의 재정적 측면이나 외국에서의 체류권을 획득하기 위한 것도 이유가 되고 있다.³⁾

강제혼인이 일어나는 방식은 아래와 같이 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다.⁴⁾

- 독일에 사는 이민자를 위해 젊은 여성을 고향에서 데려와 독일에서 결혼시키는 경우 (“신부수입”)
- 젊은 여성이 가족이 있는 고향에 휴가를 보내러 방문하였으나, 전혀 정보가 없는 상태에서 약혼 및 혼인을 하게 되는 경우(“휴가혼인” 또는 “혼인 약취·유인”)
- 안정된 독일 체류허가가 있기 때문에 아직 외국에 있는 남성과 결혼하여 독일에 합법적으로 이민 오도록 하는 경우

3. 숨은 범죄

독일에서 강제혼인의 대상은 주로 이민자가

족 집단, 특히 터키계 여성 및 청소년인데, 피해자가 이러한 일들을 폭로하는 것은 그리 쉽지 않다. 그 이유는 다양하다. 보복행위나 물리적·정신적 폭력에 대한 두려움이나 자기 가족이 폭력을 사용하는 문화집단이라는 것을 밝혀야만 하는 수치심이 주된 이유이다. 체류신분이 보장되어 있지 않거나 독일어를 잘 하지 못해서, 또는 수입이 별로 없거나 독일의 현행법을 잘 알지 못하는 것도 강제혼인에 대해 적극적으로 고발하지 못하는 이유가 되기도 한다.⁵⁾ 따라서 강제혼인에서 숨은 범죄의 수는 굉장히 높을 것이라는 데에 학계의 의견이 일치하고 있다.

독일 내 강제혼인이 얼마나 일어나고 있는지에 대한 학문적 통계 자료나 경찰청의 공식 자료는 거의 존재하지 않는다.⁶⁾ 베를린에 소재한 한 보호시설(Papatya)의 보고서에 따르면 해당 수용시설의 보호를 받던 여성에 대한 조사 결과 2002년 시설 내 여성 61명 중 25명이 강제혼인을 강요받은 적이 있으며, 그 중 60%가 미성년자였으며, 최저연령은 14세였다고 한다. 2003년에는 시설 수용여성의 38%(51명 중 20명)가, 2004년에는 52%(52명 중 27명)가 강제혼인의 위협을 받은 적이 있으며, 2004년 통계 해당 여성 중 44%가 18세 미만이었다.⁷⁾



3) BT-Drs. 17/4401, 8; BT-Drs. 17/1213, 7 f.; Schubert, ZRP 2006, 34; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 1.1.

4) BT-Drs. 17/1213, 7; Letzgus, in: FS-Puppe, S. 1232.

5) Schubert, ZRP 2006, 33.

6) Schubert, ZRP 2006, 34.

7) Kultus, Stellungnahme zum Thema Zwangsverheiratung, in: Beschluss- und Wortprotokoll 15/48 im Ausschuss für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Abgeordnetenhaus von Berlin.

4. 사회적 이슈화

이렇게 이민자들의 터부 테마로만 여겨지던 강제혼인은 명예살인(Ehrenmord) 문제와 함께 최근 독일사회에서 여러 번 이슈화되면서 큰 문제로 각인되었다. 특히 2005년 2월 7일 베를린의 큰 길 버스정류장에서 남자형제의 손에 의해 한 여성이 총살당한 사건은 강제혼인의 문제를 극명하게 보여 주었다. 4형제 중 장녀로서 당시 23세였던 이 여성의 부모는 터키계 독일 이민자로, 그녀를 터키에 있는 고향의 친척 남성과 강제혼인하도록 하였다. 그녀는 17세에 강제혼인하여 터키에 살았으나, 이혼 후 베를린에서 직장생활을 하며 히잡도 쓰지 않고 서구식으로 살아갔는데, 그녀의 형제는 이러한 그녀의 행동이 가족의 명예를 더럽힌 것이라며 더럽혀진 가족의 명예를 찾기 위해 이른바 ‘명예살인’을 한 것이었다. 게다가 이러한 명예살인 범죄는 독일 내에서도 외국, 특히 터키계 이주민이 많이 살고 있는 베를린에서 이 사건의 발생 이전에도 이미 여러 번 일어난 바 있었다. 계속되는 명예살인 사건은 전 독일에 큰 충격을 안겨 주었고, 이를 계기로 독일 내 문화통합에 관한 활발한

논의가 이루어진 가운데, 독일 법조계 역시 이를 계기로 강제 결혼을 처벌하기 위한 법 개정에 박차를 가하게 되었다.

Ⅲ. 강제혼인죄의 연혁 및 도입취지

1. 신규 법조문 제정 이전의 규율

강제혼인은 국내법적으로는 독일 기본법 제 6조 제1항⁸⁾ 및 국제법적으로는 유럽인권협약(EMRK) 제12조에 보장되어 있는 자유로운 혼인을 할 권리에 반한다. 형법에 강제혼인죄가 신설되기 전에도 강제혼인 행위는 강요죄로 처벌될 수 있었다. 2005년 2월 11일 제37차 형법개정법(37. StrafRÄndG: BGBI I, 239)의 발효에 따라 2005년 2월 19일부터 2011년 6월 30일까지 유효했던 독일 형법 제240조에 따르면, 혼인에 대한 강요는 강요죄 중 특히 중한 사유에 해당하는 가중구성요건으로 규정되어 있었다(형법 제240조 제4항 제2문 제1호 후단). 처벌강도도 6개월 이상 5년 이하의 자유형으로, 이번에 신설된 강제혼인죄와 동일하였다.



8) 독일 기본법 제6조 제1항: 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

[2005.2.19~2011.6.30] 독일 형법 제240조 [강요죄]

제1항 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박에 의하여 타인에 대하여 위법하게 작위, 수인 또는 부작위를 강요한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

제2항 그 행위가 위법하다 함은, 의도한 목적을 위하여 폭행을 가하거나 해악을 고지한 협박 행위가 비난받아야 할 것으로 인정됨을 뜻한다.

제3항 미수범은 처벌한다.

제4항 특히 중한 경우에는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 특히 중한 경우란, 특별한 사정이 없는 한 행위자가 다음에 해당하는 행위를 하는 경우를 말한다.

1. 타인에게 성행위나 혼인성립을 강요한 경우.
2. 임부에 대하여 낙태를 강요한 경우
3. 공직자의 권한이나 지위를 남용하는 경우

2. 독립된 구성요건으로서의 강제혼인죄 도입

강제혼인죄는 위에서 보듯 이미 강요죄의 가중구성요건으로 규정되어 있었기 때문에, 이 조항을 통해 피해자를 강제혼인으로부터 보호하고 강제혼인을 통해 이루어지는 혼인관계를 해소시킬 수 있었다. 하지만 피해자 보호를 위해 혼인계약의 자유라는 법익을 보호하기 위한 좀 더 효율적인 규율이 필요하다고 판단되었고, 시민들에게 이러한 행위가 불법이라는 인식을 더욱 강력하게 각인시킬 필요성이 지속적으로 강조되어 왔다.⁹⁾

따라서 지난 몇 년간 이를 독립적인 구성요건으로 만들려는 논의가 계속되어 왔다. 바덴-뷔르템베르크 주(州)(2004.10.6, BR-Drs. 767/04)와 베를린(2005.6.3, BR-Drs. 436/05)은 강제혼

인을 독립적인 범죄로 만들려는 법률안을 연방상원에 제출한 바 있다. 그 후 연방상원은 강제혼인 방지와 강제혼인 피해자 보호를 위한 법률안(2005.8.11, BT-Drs. 15/5951)을 발의하였고, 그 다음 회기에 계속하여 두 번에 걸쳐 강제혼인에 대한 법안을 제출하였다(2006.3.23, BT-Drs. 16/1035 및 2010.3.24, BT-Drs. 17/1213). 이 법안의 내용은 형법 제234조를 신설하여 강제혼인에 해당하는 불법행위를 인신매매 및 약취·유인과 비슷하게 취급하자는 것이었다. 형벌은 6개월에서 10년 사이의 자유형으로, 그 행위가 중하지 않은 경우에는 3개월에서 5년 사이로 예정되어 있었다. 그 외에도 이때의 입법안은 인신매매와 유사한 행동양식의 강제혼인, 예를 들어 강제혼인을 목적으로 외국으로 약취·유인하는 경우에는 형법 제6조에 따라 세계법원칙이 적용되도록 하였다.¹⁰⁾ 하지만 강제혼인을



9) BT-Drs. 17/4401, 1, 9.

10) BT-Drs. 17/1213, 9 f.; 현재의 신규 제237조에 대해서도 형법 제6조를 적용하여야 한다는 입장으로 Sering, NJW 2011, 2161, 2163; Eisele, NStZ 2011, 551.

형법적으로 소추할 수 있는 사례가 거의 없다는 점이 이 초안의 맹점이었다. 왜냐하면 강제혼인은 공공의 인식이나 당사자의 인식상 당벌적 불법으로 근거짓기에 충분하지 못했고, 그 외에도 증거를 제시하기가 어렵기 때문이었다.¹¹⁾

지속적인 논의 끝에 2011년 3월 연방의회는 형법전에 강제혼인죄를 신설하는 형법 개정안(BT-Drs. 17/4401)을 통과시켜, 형법 제237조에 강제혼인죄라는 고유한 범죄구성요건이 만들어지게 되었다. 또한 법률상의 일치를 위해 독일 형사소송법(StPO) 제397a조 제1항 제4호에서 규정하고 있는 피해자 소송참가제에도 동 조항이 추가되었다. 이 신규 범죄 도입의 근거가 되는 법률은 2011년 6월 23일 공포되고, 2011년 7월 1일 시행된 강제혼인 방지와 피해자 보호 및 기타 체류법 및 망명법상 규정 개정을 위한 법률(Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung

weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften)¹²⁾이다.

IV. 내용

신규 형법 제237조가 규정하고 있는 강제혼인죄의 내용은 아래와 같다.

제237조¹³⁾ [강제혼인]

제1항 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박에 의하여 타인에게 위법하게 혼인성립을 강요한 자는 6개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. 그 행위가 위법하다 함은 의도한 목적을 위하여 폭행을 가하거나 해악을 고지한 협박 행위가 비난받아야 할 것으로 인정됨을 뜻한다.

제2항 제1항의 행위를 저지르기 위해 폭행 또는 상당한 해악을 고지한 협박, 또는 위계에 의하여 타인을 이 법률의 장소적 적용범위 외의 지역으로 이송하거나, 그 지역으로 가도록 사주하거나, 그 지역으로부터의 귀환을 저지하는 자 역시 동일하게 처벌된다.

제3항 미수범은 처벌한다.

제4항 위의 행위가 중하지 아니한 경우에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.



11) BT-Drs. 17/1213, 8; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 1.2.

12) BGBl I, 1266. 그 외에도 이 법률은 체류법 개정을 통해 위장결혼 단속강화, 망명신청자에 대한 규정 완화, 이주자들에게 대한 무기한 체류허가 관련 규정 등을 변경하였다. 이 법률이 다루고 있는 다른 부분에 대한 자세한 내용은 Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 205쪽 이하 참조.

13) § 237 Zwangsheirat

- (1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Eingehung der Ehe nötigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrig ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.
- (2) Ebenso wird bestraft, wer zur Begehung einer Tat nach Absatz 1 den Menschen durch Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder durch List in ein Gebiet außerhalb des räumlichen Geltungsbereiches dieses Gesetzes verbringt oder veranlasst, sich dorthin zu begeben, oder davon abhält, von dort zurückzukehren.
- (3) Der Versuch ist strafbar.
- (4) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

강제혼인죄 신설 이전에 강요죄의 가중구성 요건으로 처벌받을 때와 그 내용 및 형량을 비교해 볼 때, 제1항은 기존과 내용 및 법정형이 동일한 반면, 제2항의 내용은 새로운 범죄구성 요건을 규정하고 있다. 제3항의 미수범 처벌 규정은 종전과 동일하다. 제4항은 중하지 않은 행위의 경우 법정형을 좀 더 낮추었는데, 일반적인 강요죄의 법정형과 동일하게 구성하였다.

아래에서는 강제혼인죄의 구성요건에 대해 좀 더 자세히 살펴본다.

1. 혼인에 대한 강요(제1항)

행위는 혼인으로의 강요이다. 즉, 피해자의 의지에 반하여 혼인계약을 맺는 것이다. 단순히 부모가 미래의 배우자를 골라 주어 결혼을 합의하는 것만으로는 강제혼인의 의미에 부합하지 않는다. 즉, 법률이 정하고 있는 강제혼인은, 통상적으로 단순히 ‘강제혼인’(본인이 주도하지 않는)이나 ‘계획결혼’ 등이라는 단어를 통해 연상되는 개념만으로는 불충분하며,¹⁴⁾ 법률적인 구성요건표지를 엄격히 따라야 한다. 중요한 점은, 타인끼리 결정한 혼인의 합의에도 불구하고 혼인계약 당사자가 자신의 배우자 및 혼인을 결정할 수 있는지의 여부이다.¹⁵⁾ 따라서 금전적 지

불을 대가로 서류상의 가짜 결혼을 자발적으로 행한 경우는 제237조에 해당하지 않는다.

강요행위수단은 폭행과 협박이며, 폭행·협박의 의미는 독일 형법 제240조 강요죄에서 의미하는 바와 동일하다. 따라서 폭행이나 협박 없이 단순히 명령조의 말에 따라 강제혼인이 성사되었다면, 이는 독일 형법 제237조에서 규정하는 조건에는 해당하지 않는다.¹⁶⁾ 강제혼인을 강요하는 폭행행위로는 신체적, 성적 침해, 유괴, 감금을 통해 활동의 자유를 제약하는 것 등을 예로 들 수 있다. 협박행위로는 가족집단에서 제명한다거나 그 외 굴욕적인 처분 또는 피해자를 살해하겠다는 내용의 의사표시 행위를 들 수 있다.¹⁷⁾ 이때 제237조에서의 협박은 상당한 해악을 고지하여야 한다. 따라서 강요받는 사람이 이러한 협박에 대해 본인이 신중히 생각하여 자기 주장을 함으로써 저항할 수 있을 것이라 기대할 수 있는 때에는 구성요건이 충족되지 않는다. 예를 들어 자녀가 결혼을 행하지 않을 경우 상속권을 박탈하겠다는 부모의 협박 등은 강제혼인의 구성요건을 충족시키지 않는다. 임신하였을 경우 결혼하라고 압박하는 사회적 압력 역시 구성요건을 충족시키지 못한다.¹⁸⁾

또한 구성요건을 충족시키려면 피해자가 혼인한다는 결과가 발생하여야 한다. 따라서 이 범



14) Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 206; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 3.

15) BT-Drs. 17/4401, 8; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 3; Schubert, ZRP 2006, 34.

16) Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 205, 207 f.; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 3.

17) BT-Drs. 17/4401, 8; BT-Drs. 17/1213, 7; Schubert, ZRP 2006, 34.

18) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 5.

죄는 결과범이며,¹⁹⁾ 적어도 강요행위가 혼인계약 체결의 여러 원인 중 한 가지로 전제되어야 한다. 자신의 파트너를 자유롭게 골랐다고 하더라도, 강요가 없었다면 이 결혼이 성립하지 않았을 것이거나 이 시점에 결혼이 성립하지 않았을 것이라면 구성요건은 충족된다. 한편 강요의 내용은 혼인이 이루어지게 하려는 강요이어야 한다. 따라서 (자유롭게 맺은 계약인지 혹은 강제로 맺은 계약인지에 관계없이) 이미 이루어진 혼인관계를 계속적으로 유지하라는 내용의 강요는 강제혼인죄의 구성요건과는 관계가 없다.

행위자는 제한 없이 모든 사람이 가능하다. 행위자는 대부분 자기 가족, 예를 들어 부모와 형제, 또는 미래의 가족, 즉 시부모 또는 장인·장모가 될 사람인 경우가 많으며, 미래의 배우자가 될 당사자도 가능하다. 피해자에도 제한이 없어 모든 사람이 가능하므로 남성도 이 범죄의 피해자가 될 수 있지만, 실무적으로 볼 때 강제혼인의 피해자는 거의 대부분 미성년 여성 또는 젊은 여성들이다.²⁰⁾

2. 강제혼인을 위한 약취·유인(제2항)

동조 제2항은 독일형법 제234a조가 규정하고

있는 정치적 약취·유인죄와 거의 비슷하게 구성되어 있으며, 혼인을 강요하기 위해 피해자를 국내에서의 사실적·법적 보호를 받지 못하게 하는 행위에 대해 규정하고 있다. 이 조항을 통해 제1항에서 처벌할 수 없었던 혼인계약으로의 강요 전단계 행위인 외국으로 보내는 등의 행위도 처벌될 수 있게 되었다.²¹⁾ 따라서 제2항은 추상적 위험범이다. 범죄가 성립하기 위해서는, 이러한 (혼인) 약취·유인행위로 인해 실제 강요로 인한 혼인계약이 성사되었는지의 여부는 중요하지 않고,²²⁾ 당사자가 결혼을 위해 강요한다는 고의가 있으면 충분하다. 피해자에게 물리적 영향력뿐만 아니라 심리적 영향력을 미치는 경우도 구성요건에 해당할 수 있다.

이러한 가벌성의 전단계화는 이른바 “휴가결혼”을 방지하기 위한 것이다. 부모가 외국인이지만 독일에서 자란 젊은 여성들이 일상적인 휴가를 보내러 방문하라는 말을 듣고 가족들이 있는 나라에 갔다가 혼인을 강요당하게 되는 일이 빈번하게 발생하고 있기 때문이다.²³⁾ 그 중 일부는 강제혼인을 하여 자신의 의지와 상관없이 외국에서 살게 되고(이른바 혼인 약취·유인), 또 일부는 이러한 강제혼인을 통해 결혼한 배우자가 독일로 합법적으로 이민하게 되기도 한다.



19) BT-Drs 17/4401, 12 f; BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 6.

20) BT-Drs. 17/4401, 8.

21) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 20.

22) BT-Drs. 17/4401, 8

23) BT-Drs. 17/4401, 7, 8 und 13; BT-Drs. 17/1213, 7.

3. 혼인의 범위

법률적 혼인 외에 교회혼인을 강요하는 것도 강제혼인죄에 해당할 수 있는가라는 문제에 대해서는 두 가지 입장이 나뉘고 있다. 국가의 작용이 미치는 혼인만이 강제혼인죄의 대상이라고 보는 견해는 독일 기본법 제6조 제1항이 보호하고 있는 혼인의 자유를 근거로 내세우고 있다.²⁴⁾ 또한 민법전 제1303조의 표제인 “혼인 성립(Eingehung der Ehe)”이라는 단어를 형법전 제237조에서도 동일하게 사용한다는 점도 법률상의 혼인에 한정되어야 한다는 근거가 된다고 한다. 반대로 제237조의 법문의 의미, 목적 및 맥락에 따라 법적 구속력이 없는 종교적 의미의 혼인계약에 대해서도 규범을 적용할 수 있다는 견해도 있다.²⁵⁾ 일반적으로 “혼인”이라는 단어를 종교적 혼인이라는 표현에서 사용할 때에는 법적 구속력을 전제하고 있는 것은 아니며, 또한 강제혼인이 광범위하게 일어나는 문화집단에서는 전통이 특히 중요하기 때문에 종교적 의미의 혼인계약이 법적 혼인보다 더 높은 의미와 가치를 가질 수도 있다는 것이 이 입장의 근거이다.

4. 주관적 구성요건

미필적 고의로 충분하다. 고의는 혼인을 위한

강요행위에 대해 비난가능성이 있다고 근거지을 수 있는 사실적 상황과 관련되어야 한다. 모든 구성요건적 사실을 인식하였으나 강요행위에 비난가능성이 없다고 착오한 경우, 예를 들어 자신이 지닌 문화적 가치표상이 달라서 강요행위에 비난가능성이 없다고 생각하는 것은 금지착오에 해당한다.

5. 위법성

제1항 제1문의 위법성은 독일 형법의 강요죄(형법 제240조)와 마찬가지로 일반적 범죄표지이다. 혼인으로의 강요행위에 대한 위법성은 명시적으로 확정되며, 정당화사유가 없는 한 행위는 제1항 제2문에 따라 비난받아야만 한다. 실무적으로 볼 때 강제혼인 범죄의 특성상 정당화사유는 거의 존재하기 힘들다.²⁶⁾

제1항 제2문에 따라 의도한 목적을 위한 폭행 행위 또는 상당한 해악을 고지한 협박행위가 비난받을 만한 것으로 볼 수 있을 때 그 행위는 위법하다. 혼인으로의 강요가 사회적으로 받아들여질 수 없는 행위인지를 판단하기 위해서는 개별 사례마다 전체 상황을 총괄적으로 평가하여야 하며, 이러한 점은 독일 형법 제240조의 강요죄와 동일하다. 입법자는 비난가능성이 없는 경우로 다음과 같은 사례를 들고 있다. 예를 들어 혼인은 하지 않은 동거관계에서 동거인이 혼



24) 이러한 입장으로 Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 205, 210.

25) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 6.1.

26) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 11.

인을 하지 않으면 이 관계를 끝내겠다고 단순히 고지하는 행위는 비난가능성이 없다.²⁷⁾ 왜냐하면 이때 당사자는 심사숙고하여 동거인의 의사에 응할지 또는 굴복할지의 여부를 자유롭게 결정할 수 있으며 스스로 주장을 펼칠 수 있기 때문이다.

6. 미수

제1항이 규정하는 강요행위의 기수 시기는 강요행위의 결과로 실제 혼인이 성립되었을 때이다. 혼인계약이 행해지지 않고 중지되거나, 혼인이 다른 이유로 성립되거나, 그 외 강요행위와는 상관없이 이루어진 경우에는 미수가 된다. 강요죄의 미수는 동조 제3항에 따라 처벌된다.²⁸⁾

제2항에서 정하고 있는 행위인 혼인을 위한 약취·유인은 추상적 위험범으로서, 범죄 피해자가 외국으로 출국하거나, 그 지역으로 가도록 사주를 받거나 그 지역으로부터 독일로 귀환하는 것을 저지하는 행위를 하면 이미 기수가 된다. 국경을 넘어가게 하는 행위 또는 당사자가 귀환하지 못하도록 저지하는 행위의 미수는 동조 제3항에 따라 처벌된다.²⁹⁾

7. 법정형

제1조에 해당하는 행위에 대한 법정형은 6개월에서 5년 사이의 자유형으로, 예전에 일반강요죄의 일부분으로 처벌할 때와 형량이 동일하다. 예전에도 강제혼인을 강요죄에서도 가중구성요건으로 처벌하였던 것과 동일하게 이번 입법에서도 일반강요죄(형법 제240조 1항)보다 형벌을 강화하였는데, 이는 강요로 인해 원치 않는 결혼생활을 유지하여 지속적으로 법적, 인격적 결합을 맺는 것은 특별한 불법이 있다고 보기 때문이다.³⁰⁾

제2항에 해당하는 행위인 결혼을 위한 약취·유인에 대한 처벌범위는 제1항과 동일하다.

개별사안에서 책임에 부합하는 형벌을 과하기 위해 제4항에서는 중하지 않은 행위의 법정형을 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 낮추었다.³¹⁾ 이는 일반 강요죄의 법정형과 동일한 것이다. 입법근거에 따르면 중하지 않은 경우란 사용된 폭력의 정도가 약하거나 위협의 강도가 약한 경우를 뜻한다.³²⁾ “출신국에서는 강제혼인이 흔하다”는 사유만으로는 중하지 않은 경우로 취급될 수 없다.³³⁾ 특정한 행위가 더 약한 형벌범위에 들어가는가를 결정하는 것은 국내법



27) BT-Drs. 17/4401, 12.

28) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 13.

29) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 14.

30) BT-Drs. 17/4401, 12.

31) BT-Drs. 17/4401, 13.

32) BT-Drs. 17/4401, 13.

33) BT-Drs. 17/4401, 13; Sering, NJW 2011, 2161, 2163.

적 관점에서 결정하는 것이기 때문이다.

8. 수죄

제1항에 해당하는 여러 번의 혼인 강요행위는 1개의 구성요건행위에 해당한다. 강요당자가 강제혼인을 거부한 후 시간적 휴지기가 있은 후에 다시 그에게 강요하면 새로운 행위가 된다. 제237조 내에서 제1항의 행위와 제2항의 행위를 모두 행하였을 때에는, 제2항의 행위가 혼인계약을 강요하기 위해 장소를 옮기는 것이기 때문에(또는 장소를 옮기지 못하게 하는 것이기 때문에) 제1항의 행위를 위한 예비행위로 본다. 이렇게 되면 독일형법 제3조 이하에서 규정하고 있는 속지주의 규정을 제1항에 적용할 수 있게 된다.³⁴⁾

9. 외국에서 행한 행위에 대한 법률 적용

독일 형법은 제3조에서 속지주의 원칙을 규정하고 있기 때문에, 독일 내에서의 행위라면 범죄자 및 피해자의 국적에 관계없이 제237조를 적용할 수 있다. 강제혼인행위는 외국에서도 빈번하게 일어날 수 있다. 제237조 제2항에 해당하는 행위인 외국에서 일어난 강제혼인행위나 독일로의 귀환을 저지하는 행위 등을 예로

들 수 있는데, 이러한 외국에서의 행위에 대해서는 독일 형법 제7조의 전제조건하에서만 제237조가 적용될 수 있다. 즉 첫째, 피해자가 독일인(동법 제7조 제1항)이거나, 범죄자가 행위시에 독일국적을 소유하고 있거나 아니면 행위 후에 독일 국적을 취득한 경우(동법 동조 제2항 제1호)에만 적용할 수 있다. 둘째, 행위지에서 그 범죄에 관한 처벌규정을 두고 있거나, 행위지에 어떠한 형벌권도 미치지 아니하여야 한다(동법 제7조 제1항 및 제2항). 외국에서 일어난 강제혼인 행위는 두 번째 요건을 충족하지 않는 경우가 대부분이어서 외국에서 일어난 행위에 대해 독일 형법이 적용될 가능성은 드물다.³⁵⁾

V. 시사점 및 비판점

신설된 형법 제237조는 기존에 강요죄로 처벌되었던 강제혼인을 독립적인 구성요건으로 규율하고, 특히 제2항에서는 새로운 범죄구성요건을 규정하여 가벌성의 범위를 확대하는 등의 변화를 가져왔다. 이러한 법적 수단을 통해 강제혼인을 방지하겠다는 입법자의 의도는 독일에서 크게 환영받았다.³⁶⁾ 하지만 형법 규정의 세부적인 문제와 관련해서는 비판적 견해들이 제기되고 있다.



34) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 18.

35) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 20.

36) Eisele, NStZ 2011, 551.

첫 번째로, 규범의 세부적 문제와는 관계없이 형법 제237조의 표제어가 문제되고 있다. 일반적으로 개인의 자유를 침해하는 범죄들의 표제어, 예를 들어 자유박탈, 강요, 협박, 스토킹 등은 모두 자유침해 행위 그 자체를 지칭하고 있다. 하지만 제237조의 “강제혼인”이라는 표제는 독일어의 의미상 이미 실질적 혼인상태에 들어간 것을 의미하는 것으로, 이미 강요에 의해 발생한 행위결과를 표현하고 있다. 따라서 이를 “강제로 혼인을 맺음”이라는 의미의 표제어인 “Zwangsverheiratung”으로 표현하거나 “혼인 성립(Eheschließung) 강요”로 바꾸어야 한다는 의견이 있다.³⁷⁾

또 다른 측면으로는 이 조문이 상징적 형법이라는 지적이 있다.³⁸⁾ 법안 발의시의 입법취지에 따르면, 형법 제237조라는 독립적인 범죄구성요건을 신설함으로써 강제혼인에 대한 시민들의 불법의식을 좀 더 강화하겠다는 목표를 뚜렷이 볼 수 있다.³⁹⁾ 즉 강제혼인이 예전부터 전통적으로 허용되어 오던 것, 또는 다른 문화에서 허용되어 오던 것이라는 잘못된 생각을 형법을 통해 바꾸어 내어 이러한 행위가 불법이라는 의

식을 고취하겠다는 것이다. 법조문 신규 제정의 주된 이유에서 보듯, 강제혼인 철폐 및 공공의 불법의식강화라는 예방적·사회적 영역의 문제를 법적 관점을 이용하여 일부 해결하려 한려는 것이 이 법률의 목표라면⁴⁰⁾ 입법자가 결국 상징적인 이유에서 형법을 이용하는 것이라는 비판을 피할 수 없게 된다는 것이다.⁴¹⁾

또한 외국과 관련되는 약취·유인 행위에 대해 형법 제6조를 통해 세계법 원칙이 적용된다면 더욱 합리적이었을 것이라는 견해도 있다.⁴²⁾

마지막으로, 이 범죄가 혼인을 맺는다는 결과에 대한 강요행위만을 범죄로 구성하였기 때문에 혼인관계를 계속 유지하도록 하는 내용의 강요를 처벌하지 못한다는 점이 지적되고 있다. 따라서 법조문을 “타인에게 혼인계약 성립을 강요하거나 혼인의 지속을 강요하는 사람”으로 수정하는 것이 도그마틱적으로 바람직하다는 비판이 있다.⁴³⁾

주 현 경

(해외입법조사원, 프랑크푸르트대학)



37) BeckOK-StGB-Valerius, § 237 Rn. 1.3.

38) Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 213.

39) BT-Drs. 17/4401, 1, 9; BT-Drs. 17/1213, 9.

40) BT-Drs. 17/4401, 1.

41) 따라서 형법의 상징적 성격을 강화하기보다는 이 범죄에 대한 사회계몽캠페인과 피해자 권리 강화에 주력해야 한다고 지적하는 Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 213 참조.

42) Eisele, NStZ 2011, 551; Sering, NJW 2011, 2161, 2163.

43) Yerlikaya/Cakir-Ceylan, ZIS 2011, 207.